

# Collectief beheer van vastgoed

OVER APPARTEMENTSRECHTEN, MANDELIGHEID EN DE VERENIGING  
VAN DEELGENOTEN

*H.D. Ploeger\**

## 1. EEN GEMEENSCHAPPELIJK BELANG

Een onroerende zaak die gemeenschappelijk eigendom is, is niets bijzonders. Samenwonende partners kopen gezamenlijk een huisje; X, eigenaar van een Wassenaarse villa, overlijdt en laat twintig erfgenamen achter.

Deze bijdrage gaat niet over dergelijke gemeenschappen. Een specifiek verband tussen de gemeenschap en de onroerende zaak ontbreekt. De genoemde huizen hadden evengoed een fiets of een zeiljacht kunnen zijn.

Aandacht verdienen wel twee bijzondere vormen van gemeenschappelijk eigendom: de mandeligheid en het appartementsrecht.<sup>1</sup> Hun afwijkend karakter blijkt reeds uit hun eigen regels, die niet voor andere gemeenschappen gelden. De mandeligheid wordt nader geregeld in titel 5.5. Voor het appartementsrecht geldt dat de bepalingen in titel 3.7 zelfs in het geheel niet van toepassing zijn.

Het bijzondere karakter berust daarop dat zij, om een oud BW term te gebruiken, vormen van ‘gebonden mede-eigendom’ zijn. Elke gewone gemeenschap heeft strikt genomen de bestemming om ooit tot een einde te komen. Iedere deelgenoot kan immers verdeling vorderen (art. 3:178 BW). Daarentegen zijn de mandeligheid en het appartementsrecht juist gericht op hun voortbestaan, op een duurzame relatie tussen de deelgenoten. Verdeling is niet mogelijk zolang de mandeligheid resp. de splitsing niet is opgeheven.

\* Mr. H.D. Ploeger is verbonden aan de TU Delft, afdeling Geodesie, sectie Geoinformatie en grondbeleid.

1. De coöperatieve eigendom, zoals bijvoorbeeld de coöperatieve flatexploitatie-maatschappij, laat ik buiten beschouwing. Ik beperk mij tot de gevallen waarin men als deelgenoot rechtstreeks tot de zaak gerechtigd is en niet via het lidmaatschap van de vereniging.

Die continuïteit is verklaarbaar. In beide gevallen is er sprake van een collectief belang: de gedeelde verantwoordelijkheid voor de zaak die de erven van alle deelgenoten duurzaam dient, of het instandhouden van het complex waarbinnen ieder zijn flatwoning heeft.

In deze bijdrage kijk ik nader naar de kenmerken van deze twee gemeenschappen, en de rol die een vereniging van deelgenoten bij het beheer daarvan speelt (appartementenrecht) of kan spelen (mandeligheid). De vereniging van deelgenoten gebruik ik als overkoepelende term, nu de wetgever de benaming 'vereniging van eigenaars' heeft gereserveerd voor de beherende rechtspersoon bij appartementencomplexen.

Op dit punt is het goed om een tweede terminologische opmerking te maken. Ik spreek telkens over een zaak die gemeenschappelijk eigendom is. Maar de medegerechtigdheid kan ook een beperkt recht betreffen. De splitsing van een recht van erfpacht of opstal in appartementenrechten, of een erfpachtrecht dat mandelig is gemaakt.<sup>2</sup> Voor het betoog maakt dat echter geen verschil.

## 2. VAN MARKE NAAR PARKMANAGEMENT

De gemeenschap als instrument voor duurzaam beheer van vastgoed heeft oude wortels. In de middeleeuwen ontstonden zogenaamde 'markegenootschappen'.<sup>3</sup> Deze kwamen vooral voor in het oosten van het land. Maar ook de beroemde 'erfgooiers', met hun rechten op grond rond Hilversum, zijn een voorbeeld van een dergelijke marke.

De marke bestond uit gemeenschappelijke terreinen rond landbouwbedrijven; woeste grond (weidegronden, heide en bossen), waarop het vee kon grazen, plaggen werden gestoken en hout werd gekapt. De eigendom van de marke berustte bij de eigenaren van bepaalde boerderijen, terwijl de omvang van het gebruiksrecht afhankelijk was van een vastgesteld aandeel in de gemeenschap

2. Ik neem aan dat een erfpachtrecht ook mandelig kan zijn. Zie Asser-Mijnssen-Davids-Van Velten 3-II, Deventer 1996, nr. 162. Het is hier niet de plaats om in te gaan op het argument dat de wet dat niet zou toelaten nu alleen wordt gesproken over 'eigendom' en 'eigenaar'.
3. A.J.M. Kunst, *Historische ontwikkeling van het recht*, Deel II, Zwolle 1968, p. 232 e.v.

(‘waardeel’). Gebruik door anderen was alleen toegelaten met toestemming en tegen vergoeding. Bij de zogenaamde ‘gesloten markegenootschappen’ was het zelfs onmogelijk om nieuwe deelgenoten toe te laten. In de loop der tijd leidde dit tot onwenselijke situaties. De eigenaar van een vervallen boerderij bleef gerechtigd in het gebruik van de gemeenschappelijke weide, terwijl een gezond, maar later gesticht boerenbedrijf niet kon profiteren van deze voordelen.

Na 1800 zijn de markegenootschappen langzaam maar zeker opgeheven. Het middeleeuwse instituut dat oorspronkelijk een voorwaarde was voor het succesvol bedrijven van landbouw onder moeilijke omstandigheden, werd juist een sta in de weg voor een verdere ontwikkeling van de grond. De Markenwet van 1886 maakte het uiteindelijk mogelijk dat elke markegenoot de verdeling van de collectieve grond kon doorzetten.

In de 21<sup>e</sup> eeuw is de gemeenschappelijke eigendom als beheersinstrument herontdekt. Het heet nu ‘parkmanagement’.<sup>4</sup> Onder dit paraplu-begrip gaan diverse constructies schuil met het doel het gebruik en beheer van bedrijfsterreinen, winkelcentra of wooncomplexen te stroomlijnen. Vaak gaat het om een samenwerking tussen de gemeentelijke overheid, projectontwikkelaars, investeerders en natuurlijk de gebruikers/bewoners. Beoogd wordt een efficiënter beheer door meer betrokkenheid en zeggenschap van belanghebbenden. De verantwoordelijkheid voor de openbare ruimte of openbare voorzieningen wordt (deels) door de belanghebbenden overgenomen, al dan niet via verplichte deelname aan een pakket van diensten. Denk aan onderhoud van straten of groenvoorzieningen, de bewaking van terreinen, afvalverwerking, collectieve inkoop of opwekking van energie.

### 3. BEHEER VAN DE GEMEENSCHAP: BEHOEFTE AAN EEN VERENIGING VAN DEELGENOTEN

Het enkele bestaan van gemeenschappelijke eigendom levert op zichzelf geen beheer op. Dit zal door de deelgenoten vorm gegeven moeten worden. Regels voor gebruik moeten worden opgesteld,

4. *Parkmanagement*, uitgave Ministerie van Economische Zaken, 2002.

zaken of diensten moeten worden ingekocht, bijdragen moeten worden geïnd.

Art. 3:186 BW voorziet in de mogelijkheid van een ‘beheers-overeenkomst’, waarin men afspraken kan neerleggen. Bijzonder element van deze overeenkomst is dat deze ook hen bindt die de deelgenoten onder bijzondere titel opvolgen (art. 3:168 lid 4 BW).<sup>5</sup>

Daarnaast kan er behoefte zijn aan een vereniging van deelgenoten, waarin het besluitvormingsproces plaatsvindt, die het dagelijkse beheer van de zaak voor zijn rekening neemt en die kan optreden als belangenbehartiger van de gezamenlijke eigenaren. De vereniging kan bijvoorbeeld contracten met aannemers afsluiten en de voor het onderhoud noodzakelijke fondsen beheren.

Is bij mandeligheid de oprichting en inrichting van zo’n vereniging nog een zaak van de deelgenoten, voor het appartementseigendom heeft de wet hierin zelf voorzien. In de splitsingsakte moet een vereniging van eigenaars (VvE) worden opgericht, zo schrijft art. 5:112 lid 1 sub d BW voor.

#### 4. APPARTEMENTSRECHT

In zijn oervorm was de gedachte van een gemeenschap bij een splitsing van een gebouw in appartementen afwezig. In de middeleeuwen werd een primitieve vorm van flateigendom in de vorm van gestapelde afzonderlijke eigendommen mogelijk geacht. De ervaringen waren niet positief. Binnen dergelijke complexen leidde het ontbreken van een binding tussen de verschillende eigenaren tot zulke problemen dat men sprak van ‘Streitbauten’. In reactie daarop werd in Duitsland en Zwitserland na de codificatie de splitsing van een gebouw in afzonderlijke eigendomslagen resoluut verboden.<sup>6</sup>

De eenvoudige regeling die art. 664 Code Civil bood was daarmee vergeleken een enorme stap voorwaarts.<sup>7</sup>

5. Bij registergoederen zal men de beheersregeling wel moeten inschrijven in de openbare registers. Anders zal een onwetende verkrijger te goeder trouw zich op de registerbescherming van art. 3:24 BW kunnen beroepen.
6. Zie Erbbau Verordnung § 1, Abs. 4 en artikel 675 ZBG Abs. 2. Beide bepalingen verbieden de vestiging van een opstalrecht voor de verdieping van een huis.
7. Deze bepaling heeft gegolden van 1804 tot 1938. Pas toen werd zij vervangen door een meer uitgebreide regeling.

‘Lorsque les différents étages d’une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu’il suit:

Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l’étage qui lui appartient.

Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche.

Le propriétaire du premier étage fait l’escalier qui y conduit; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l’escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite.’

Hierin wordt de collectieve verantwoordelijkheid voor het dak en de dragende muren neergelegd, hoewel opvallend genoeg elke etage-eigenaar het onderhoud voor zijn eigen ‘deel’ van het trappenhuis wordt opgedragen.

In de meeste Europese landen is het appartementseigendom zo vormgegeven dat er sprake is van de eigendom van het eigen appartement, waaraan noodzakelijk verbonden is een aandeel in de gemeenschappelijk delen van het gesplitste gebouw. Dit zogenaamde ‘dualistische’ model sluit waarschijnlijk het beste aan bij de belevingswereld in de praktijk. Men spreekt immers over de koop van een bepaalde flat, niet over het verkrijgen van een aandeel in het gebouw.

Ook het Nederlandse BW suggereert door te spreken over een ‘appartementseigenaar’ dat er sprake is van volle eigendom van het appartement zelf. Dit is echter schijn. Het appartementsrecht geeft een aandeel in het gehele complex (gebouw, grond en eventuele roerende ‘toebehoren’, zoals een grasmaaiër en deurmatten, art. 5:106 lid 1 BW), waaraan verbonden is het exclusieve gebruiksrecht op een bepaald deel van het complex, het appartement. Een dergelijk systeem wordt als ‘monistisch’ omschreven en vinden we ook in Zwitserland en Oostenrijk.<sup>8</sup>

Hoewel men ook in het monistische systeem spreekt over gemeenschappelijke delen en privé-delen is er dus van privé-eigendom geen sprake. Ook in de scheidingswanden binnen het ‘eigen’ appartement is elk van de appartementseigenaren medegerechtigd. De begrippen gemeenschappelijk en privé verwijzen naar het gebruik.

Praktisch zijn de verschillen tussen het dualistische en monistische systeem te verwaarlozen. Inderdaad, wie een flatgebouw met

8. Een analyse van de verschillende regelingen van appartementseigendom binnen de EU geven T.M. Aldridge en A.A. van Velten, *Apartment ownership in the European Union*, Notarius International 1997, p. 20 e.v.

een juridisch oog nader bekijkt zal tot de conclusie komen dat het aantal onderdelen dat werkelijk vatbaar is voor privé-eigendom gering is. De muren tussen de flats worden gedeeld met de naaste burens. Hetzelfde geldt voor vloer en plafonds. De buitenmuren worden traditioneel tot de gemeenschappelijke delen gerekend. Net zoals het dak, de fundamenteën, de schoorstenen, het trappenhuis en de lift. Wat in het dualistische systeem eigendom van een appartement wordt genoemd is weinig meer dan een recht op een aantal kubieke meters lucht en een paar binnenmuren. De inhoud van het recht verschilt praktisch niet van het exclusieve gebruiksrecht dat de appartementsgerechtigde in het monistische systeem heeft. Aan de andere kant komen natuurlijk ook in het monistische systeem de kosten voor onderhoud en vernieuwing van de appartementen voor rekening van de betreffende gebruikers in privé, hoewel elk appartement goederenrechtelijk tot de gemeenschap behoort.

## 5. VERENIGING VAN EIGENAARS NAAST GEMEENSCHAP

Het gebouw is gemeenschappelijk eigendom van de gezamenlijke appartementseigenaren, de gemeenschap van eigenaars. Daarnaast is er de Vereniging van Eigenaars (VvE). Deze heeft tot taak, aldus art. 5:126 BW, het beheer van de gemeenschap met uitzondering van de delen die voor privé-gebruik bestemd zijn, vertegenwoordiging van de gezamenlijke appartementseigenaren in en buiten rechte en het toezicht op de nakoming van de verplichtingen van de appartementseigenaren jegens elkaar.

Deze rechtspersoon is een noodzakelijk instrument om het samenleven binnen het complex mogelijk te maken. Het bestuur van de vereniging voert het dagelijks beheer, fondsen moeten worden gevormd waaruit de schoonmaak- en onderhoudswerkzaamheden betaald kunnen worden. Reglementen moeten worden opgesteld en de nakoming daarvan afgedwongen.

Tussen de 'gemeenschap van eigenaars' en de 'vereniging van eigenaars' dient goed te worden onderscheiden. Het beschikken is

voorbehouden aan de gemeenschap. De VvE voert het beheer.<sup>9</sup> De wijziging van de splitsingsakte, noodzakelijk bijvoorbeeld als de onderlinge grenzen tussen appartementen worden gewijzigd of het complex wordt vergroot of verkleind, is dan ook geen verenigings-aangelegenheid. Noodzakelijk is de medewerking van alle appartementseigenaren (art. 5:139 BW). Zou de ledenvergadering een daartoe strekkend besluit bij unanimiteit nemen, dan is dit niets anders dan een verklaring van de verzamelde eigenaars jegens elkaar dat men die medewerking ook zal verlenen.

Dat in de praktijk dit onderscheid tussen gemeenschap en vereniging niet altijd goed gemaakt wordt, blijkt uit de volgende procedure.<sup>10</sup> De buur van een appartementencomplex stelt op grond van art. 6:174 BW de VvE aansprakelijk voor de forse waterschade die is ontstaan in zijn pand door inwatering bij de aansluiting van de beide panden. De president betitelt de VvE als ‘bezitter van het appartementencomplex’. In hoger beroep wordt tegen dit oordeel geen grief gericht. Het Hof veroordeelt gedaagden tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding en het treffen van maatregelen. Pas in cassatie wordt het verweer gevoerd dat de VvE geen eigenaar of bezitter is van het appartementencomplex.

Het middel wordt door de Hoge Raad verworpen. Het Hof hoefde niet ambtshalve te oordelen of VvE bezitter is van het pand, nu het hier geen vraag van openbare orde betreft.

Hoewel het probleem voor de buurman is opgelost, is het appartementsrecht niet goed begrepen. Volgens art. 5:126 BW beheert de rechtspersoon de gemeenschap in het belang van de eigenaars. De vereniging ‘houdt’ het gebouw dus niet ‘voor zichzelf’ en kan daarom niet bezitter zijn. De appartementseigenaren daarentegen houden wel voor zichzelf, en zijn derhalve de gezamenlijke bezitters van het gesplitste complex. Ze zijn dus voor gebreken in het gebouw collectief aansprakelijk op grond van 6:174 BW en zouden ook gezamenlijk moeten worden gedagvaard. Overigens is dat dan weer niet noodzakelijk, omdat volgens art. 5:113 lid 4 BW de VvE

9. A.A. van Velten, ‘Het onderscheid tussen beheer en beschikking in het appartementsrecht’, *WPNR* 6407 (2000), p. 447. Zie bijv. Pres. Rb. Utrecht 18 juli 2000, *KG* 2000, 193 over het besluit om een dak aan een van de appartementsgerechtigden in gebruik te geven voor de bouw van een dakterras.

Dit kan de VvE niet doen. Hiervoor is wijziging van de splitsingsakte nodig.

10. HR 2 april 1999, *NJ* 1999, 431 (kort geding).

hoofdelijk verbonden is voor wettelijke verplichtingen van de gemeenschap van eigenaars.

## 6. BIJKOMEND LIDMAATSCHAP

Naast het kwalitatieve lidmaatschap van de Vereniging van Eigenaars, opent art. 5:112 lid 3 BW de mogelijkheid om in de splitsingsakte de appartementsgerechtigde te binden aan het lidmaatschap van een andere vereniging of coöperatie. Deze bepaling is in 1972 ingevoerd ten bate van andere verenigingen dan de VvE die de belangen van (bepaalde) appartementseigenaars behartigen. Met name moet aan een winkeliersvereniging gedacht worden.

In een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam<sup>11</sup> wordt zo'n kwalitatief lidmaatschap echter in strijd geacht met de vrijheid van vereniging. Daarom zou dit bijkomende lidmaatschap wel opzegbaar zijn, in tegenstelling tot het lidmaatschap van de VvE zelf.

De vrijheid van vereniging, gewaarborgd door art. 8 Grondwet en art. 11 EVRM, geeft de burger niet alleen het recht om zich te verenigen, maar ook het recht om van lidmaatschap af te zien. De zogenaamde negatieve vrijheid van vereniging. Het EVRM laat een beperking van deze vrijheid toe als het in de nationale wetgeving is voorzien, noodzakelijk is in een democratische samenleving én een in het artikel genoemd doel ('legitimate aim') nastreeft, bijvoorbeeld de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.<sup>12</sup>

Hoewel de tekst van art. 11 EVRM duidelijk is toegesneden op de positieve vrijheid van vereniging, laat de uitspraak Chassagnou/Frankrijk van het Europees Hof te Straatsburg een toepassing zien op de bescherming van de negatieve vrijheid.<sup>13</sup> Deze zaak betrof de door de Franse overheid voor landeigenaren verplichte deelname aan jachtverenigingen. De kleinere eigenaren moesten de aan hun eigendom verbonden jachtrechten overdragen aan 'hun' vereniging. Praktisch gevolg was dat zij het gebruik van hun grond voor de jacht niet konden tegenhouden.

11. 30 augustus 2000, *NJK* 2000, 94.

12. P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag 1998, p. 586 e.v.

13. EHRM 29 april 1999, *NJ* 1999, 649.



Het arrest Chassagnou leert dat een 'legitimate aim' reeds spoedig aanwezig is. In elk geval werd de bescherming van de van oudsher bestaande jachtpraktijken welke door verstedelijking en ontwikkelingen in de landbouw bedreigd werden, als zodanig beschouwd. Bij de toets of deze beperking ook noodzakelijk is in een democratische samenleving verleent het Hof de nationale autoriteiten een grote 'margin of appreciation', een grote beoordelingsvrijheid. Dat betekent dat het Hof slechts in evidente gevallen zal aannemen dat die noodzaak ontbreekt. Toch werd de wet strijdig geacht met art. 11 EVRM. Nu slechts een selecte groep jagende grootgrondbezitters voordeel trok uit deze regeling ten koste van de kleine grondeigenaren werd deze inbreuk op de vrijheid van vereniging disproportioneel geacht.

Toepassing van deze uitspraak op de regeling van art. 5:112 lid 3 leert mijn inziens dat er geen problemen zijn te verwachten. Bij een winkeliersvereniging gaat het immers om de behartiging van een collectief belang. Dat dit belang niet altijd parallel hoeft te lopen met het concrete belang van een individuele appartementseigenaar is volstrekt normaal. Maar dit wil nog niet zeggen dat er geen sprake is van een legitiem doel, of dat er sprake is van een disproportionaliteit tussen doel (een effectieve collectieve belangenbehartiging) en het middel (verplicht lidmaatschap). Slechts waar de doelstelling van de vereniging geen enkel verband heeft met de appartementensplitsing, zal het gedwongen lidmaatschap ontoelaatbaar zijn. Denk aan een visvereniging. In dit verband is op te merken dat de tekst van art. 5:112 lid 3 BW op dit punt erg vrijblijvend is door slechts te spreken over 'een andere, nader in het reglement omschreven vereniging of coöperatie'. Het zou beter zijn als er een inhoudelijk verband tussen het lidmaatschap en de kwaliteit van appartementseigenaar uitdrukkelijk vereist wordt.

## 7. DE NIET-FUNCTIONERENDE VERENIGING

De Vereniging van Eigenaars voldoet niet in alle gevallen. Berucht zijn de slapende VvE's. De leden komen zelden of nooit bijeen, en er is geen reservefonds. Beslissingen over reparaties worden ad hoc

genomen of elk handelt alsof hij de individuele eigenaar van een zelfstandig woonhuis is.<sup>14</sup>

Dit niet functioneren van de vereniging kan natuurlijk te wijten zijn aan laksheid van de appartementseigenaars, maar er is ook een meer structureel probleem. Wel beschouwd willen bij elke splitsing partijen niet verder aan elkaar gebonden worden dan strikt noodzakelijk. Dat verklaart waarom een splitsing in de regel beter zal functioneren bij een flatgebouw van vier verdiepingen en 80 flats, met gemeenschappelijke toegangen, trappenhuizen en liften en een huismeester, dan de simpele situatie van een boven- en benedenwoning met elk een eigen toegang vanaf de straat. Dit wordt treffend geïllustreerd door de bij dergelijke kleine splitsingen bestaande praktijk dat elke appartementseigenaar individueel, voor zijn eigen etage een opstalverzekering heeft afgesloten. Iets dat in strijd is met art. 5:112 lid 1 BW, waar sprake is van een verzekering van het gebouw ten behoeve van de gezamenlijke appartementseigenaars. Kennelijk heeft de (verzekerings)praktijk hiermee minder problemen. Men kan zich zelfs afvragen of in sommige situaties een echte horizontale splitsing, dat wil zeggen gescheiden eigendom van boven en onderverdieping, via de vestiging van een opstalrecht de voorkeur verdient.<sup>15</sup>

In elk geval, goede voorlichting van de kopers van appartementen wat een splitsing nu eigenlijk inhoudt, is noodzakelijk. Tegen de slapende VvE valt door wetgeving immers weinig of niets te ondernemen. Er is wel voorgesteld om de verplichting tot het aanhouden van een reservefonds in te voeren.<sup>16</sup>

## 8. 'HORIZONTALE' APPARTEMENTENSPLITSING

Bij splitsing in appartementsrechten denkt men meestal aan flatgebouwen. Maar het is ook mogelijk om een complex van naast elkaar gelegen gebouwen met bijbehorende terreinen in een splitsing te betrekken. De aanwezigheid van een gebouw dat in gemeenschappelijk gebruik is, wordt bij een dergelijke 'horizontale appartementen-

14. C. Venemans, *Naar een vernieuwd appartementsrecht*, preadvies KNB 1997, p. 107.

15. Venemans, a.w., p. 54-56.

16. Zie de aanbevelingen van de op initiatief van de KNB opgerichte werkgroep, 'Naar een vernieuwd appartementsrecht!', *WPNR* 6448 (2001), p. 1014.

splitsing' niet vereist.<sup>17</sup> Wel neemt men aan dat de huidige wet zich verzet tegen de splitsing van onbebouwde grond.<sup>18</sup>

Men verkrijgt zo een soort verkaveling, met dien verstande dat de 'percelen' gevormd worden door de naast elkaar gelegen appartementen, onverbrekkelijk deel uitmakende van één complex.

Het zal duidelijk zijn dat het collectieve element in zo'n complex veel kleiner is dan bij de klassieke 'verticale' splitsing. Alle constructies zijn bijvoorbeeld bouwkundig onafhankelijk van elkaar. Het zal dan ook zaak zijn om bij het opstellen van de splitsingsakte de inhoud van de gemeenschap zo veel mogelijk uit te kleden, d.w.z. de gemeenschappelijke delen en daarmee de gemeenschappelijk te dragen kosten zo beperkt mogelijk te houden.

Helemaal bevredigend is het niet. De Haan heeft opgemerkt dat de Nederlandse constructie van appartementensplitsing niet passend is in gevallen waarin de eigendom van de grond vooropstaat. Waar het gaat om hoofderven met daarnaast gemeenschappelijke voorzieningen die daaraan dienstbaar zijn dient de mede-eigendom zich te beperken tot de erven die werkelijk tot gemeenschappelijk gebruik zijn bestemd.<sup>19</sup> Inderdaad, partijen worden door het (voor flatgebouwen wel passende) monistische systeem veroordeeld tot een alles omvattende gemeenschap. In dit geval sluit het dualistisch systeem veel beter aan op de wensen en rechtsopvattingen van betrokkenen. Een volle eigendom van de voor privé-gebruik bestemde gebouwen en gronden, met daaraan verbonden een aandeel in de delen die het gemeenschappelijk doel dienen.

## 9. MANDELIGHEID

Dit laatste is in feite de constructie van mandeligheid. Het aandeel in een mandelige zaak is kwalitatief verbonden aan de eigendom van een andere onroerende zaak (de hoofdzaak). Het verband bestaat uit het nut dat de gemeenschappelijke zaak die andere erven kan bieden.

17. Asser-Mijnssen-Davids-Van Velten (3-II), Deventer 1996, nr. 356 e.v.

18. De KNB werkgroep doet het voorstel om dit te wijzigen, zie *WPNR* 6448 (2001), p. 1011. Met name is dit van belang zijn voor het splitsen van parkeerplaatsen of ligplaatsen, hoewel de praktijk zich door een ruime interpretatie van het begrip 'gebouw' heeft gered.

19. P. de Haan, 'Het zakenrecht als kader voor het beheer van onroerend goed', in: *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer 1992, p. 93.

In het BW 1838 ontbrak een algemene regeling van deze rechtsfiguur. Tussen allerlei regels van het burennrecht in, trof men de mandeligheid in de vorm van de gemene erfafscheiding (muur, heining, heg, gracht of sloot) en gemeenschappelijke regenbakken, toiletten en riolen. De wet beperkte zich te bepalen dat de gemeenschappelijke eigenaars de kosten van onderhoud, ruiming of reiniging dragen (art. 704 OBW), terwijl voorts voor het 'gemene secreteet' uitdrukkelijk geregeld werd dat het legen beurtelings over de verschillende erven moest geschieden (art. 705 OBW).

Deze laatst genoemde gemeenschappelijke voorziening lijkt de stijgende levensstandaard in Nederland niet overleefd te hebben. Althans we treffen het niet meer aan in het huidige BW. Dat neemt niet weg dat de wet ook na 1992 partijen de ruimte laat om een mandelig toilethuisje in het leven te roepen. Immers, naast de mandeligheid die ontstaat op grond van de wet (de in art. 5:62 BW genoemde scheidingsmuur of heg), kunnen partijen via een notariële akte een gemeenschappelijk zaak mandelig maken door deze te bestemmen tot nut van hun erven (art. 5:60 BW).

Aangezien de wet verder geen eisen stelt, kan de creativiteit de vrije loop krijgen. Toepassingen zijn legio: gemeenschappelijke wegen op industrieterreinen, binnenhoven waaraan woonhuizen zijn gelegen, brandgangen, speelplaatsen, groenstroken, weegbruggen bij landbouw bedrijven, parkeerplaatsen, garages, kabelnetten om maar wat te noemen. De privatisering van de electriciteitsmarkt brengt ons wellicht lokale gemeenschappelijke elektriciteitsnetten, al dan niet gevoed door mandelige windmolens of zonnecollectoren.

## 10. VERGELIJKING MET HET APPARTEMENTSRECHT

Tussen de mandelige gemeenschap en de gemeenschap van appartementseigenaars zijn twee belangrijke verschillen. Het eerste is reeds impliciet aan de orde gekomen. Het appartementencomplex is in zijn geheel gemeenschappelijk eigendom, zowel de delen die een gemeenschappelijk nut hebben, als de delen die voor privé-gebruik bestemd zijn. Bij mandeligheid is alleen de dienende zaak gemeenschappelijk, en is het aandeel daarin accessoir aan de hoofdzaak die bij ieder in volle eigendom is. In die zin is de mandeligheid te vergelijken met het dualistisch systeem van appartementseigendom.

Voorts is de gemeenschap bij een appartementensplitsing meer op het voortbestaan van de collectiviteit gericht dan mandeligheid. In het laatste geval voorziet de wet immers in de mogelijkheid dat een deelgenoot zijn mandelig aandeel overdraagt aan de overige deelgenoten. De deelgenoten moeten hieraan zelfs hun medewerking verlenen als de druk van toekomstige onderhoudslasten de reden is voor het terugtrekken uit de gemeenschap, aldus art. 5:66 lid 2 BW. Bij een appartementensplitsing zou dit geheel ondenkbaar zijn. Afhankelijk van de feitelijke situatie<sup>20</sup> zou het wellicht mogelijk zijn om een appartement aan de splitsing te onttrekken. Maar hiervoor is wel de medewerking van alle appartementseigenaars noodzakelijk omdat de splitsingsakte gewijzigd moet worden. Een 'recht' op uittreding heeft men niet.

Ik merk hier op dat ook bij bepaalde mandelige situaties zo'n overdracht uitgesloten moet zijn. Namelijk waar ondanks de overdracht van het mandelig aandeel het genot blijft voortduren. Dit is de reden dat toepasselijkheid van art. 5:66 lid 2 BW expliciet is uitgesloten voor de mandelige scheidingsmuur. De wetgever heeft er echter niet aan gedacht dat dergelijke situaties zich ook kunnen voordoen bij mandeligheid die partijen zelf in het leven hebben geroepen. Een voorbeeld is een woning die gelegen is aan een mandelig binnenhof, en alleen via dat hof toegankelijk is. In zo'n geval zal de redelijkheid en billijkheid er zich tegen verzetten dat de deelgenoot een beroep doet op het genoemde uittredingsrecht.

Denkbaar is ook dat het uittredingsrecht niet wenselijk is met het oog op de duurzaamheid van het beoogde collectief beheer. Ik geef het voorbeeld van een mandelige parkeergarage bij een bedrijvencomplex. Als één van de deelnemers zich terugtrekt uit de mandeligheid omdat zijn inziens de kosten niet meer opwegen tegen het voordeel dat zijn personeel de auto overdekt kan stallen, kan dit de doodsteek zijn voor een dergelijk project. Het lijkt mij daarom een manco in de wettelijke regeling dat deze partijen niet de mogelijkheid biedt bij het totstandkomen van de mandeligheid art. 5:66 lid 2 BW met zakelijke werking uit te sluiten, of althans het uittreden te verbinden aan de toestemming van alle deelgenoten.

20. Voorwaarde is dat het onttrokken deel een zelfstandig voorwerp van eigendom kan zijn. Dit is alleen voorstelbaar bij de hiervoor besproken horizontale splitsing in appartementen. Bij een flat zal dit toch onmogelijk zijn wegens het constructieve verband van de flat met het geheel.

## 11. BEHEER VAN DE MANDELIGHEID MIDDELS EEN VERENIGING VAN DEELGENOTEN

Zoals bij elke gemeenschap kunnen de deelgenoten in een mandeligheid een overeenkomst sluiten waarin zij zelf een (nadere) regeling treffen (art. 3:168 BW). Natuurlijk kunnen de mandelige eigenaren via een volmacht of een (privatieve) last het dagelijks beheer opdragen aan een van hen, of een derde. Maar met name bij grote complexen zal de behoefte aan een beheersorganisatie bestaan. Waar in het appartementsrecht wel is voorzien in het kwalitatieve lidmaatschap van een Vereniging van Eigenaars, ontbreekt dit hier.

In de praktijk ziet men dat het aansluiten bij een beherende vereniging wordt afgedwongen door een contractuele bepaling bij de gronduitgifte, waarbij een kettingbeding moet verzekeren dat ook de rechtsopvolgers daaraan gebonden zijn.

De kracht van het kettingbeding is dat ook verplichtingen tot een doen met een zekere derdenwerking kunnen worden opgelegd. De zwakte is dat het een zuiver contractuele constructie is. De ketting kan worden gebroken door wanprestatie. Een groter gevaar is het sneuvelen van het beding bij faillissement van de schuldenaar of executie van de zaak door beslaglegger of hypotheekhouder. De crediteur van het kettingbeding heeft immers niet meer dan een persoonlijk recht.

Is de uitgifte van de hoofdzaak in erfpacht, waarbij in de erfpachtvoorwaarden deelname aan in de vereniging van deelgenoten wordt verplicht, een oplossing? We stuiten op de problematiek welke bedingen in de erfpachtvoorwaarden deel uitmaken van het erfpachtrecht, en dus zakelijke werking hebben, en welke niet. De ontwerpers van het BW 1992 hebben als norm geformuleerd dat er een zodanig verband moet bestaan met het zakelijke recht dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Weinig duidelijker is het door de Hoge Raad geformuleerde criterium dat er geen strijd mag ontstaan met het wezen van het erfpachtrecht.<sup>21</sup>

Van Velten neemt aan dat verplichtingen anders dan een niet doen of dulden niet met zakelijke werking kunnen worden opgelegd, tenzij deze uit de wet voortvloeien.<sup>22</sup> Dit betekent dat een in erf-

21. HR 16 maart 1977, NJ 1977, 399 (Nieuwe Waterweg).

22. Van Velten, *Erfpacht*, preadvies KNB 1995, p. 49.

pachtvoorwaarden opgenomen verplichting zich aan te sluiten slechts contractuele werking heeft tussen de oorspronkelijke partijen.

## 12. TOT BESLUIT: EEN MANCO IN HET ZAKENRECHT

Met het bovenstaande werd niet meer beoogd dan een blik in vogelvlucht op twee gemeenschappen van onroerende zaken. Ik wil besluiten met één conclusie. Als we kijken naar deze twee instrumenten voor het collectief beheer van complexen, bijvoorbeeld een bedrijvenpark of een woonwijk, zit er tussen het sterk collectieve appartementsrecht en de minder collectieve mandeligheid een gat. Een gat in twee opzichten. Ten eerste ontbreekt bij mandeligheid de mogelijkheid om aan het aandeel het lidmaatschap van een beherende vereniging te koppelen. Ten tweede is de mogelijkheid die art. 5:66 lid 2 BW biedt om zich te onttrekken aan de mandeligheid wegens de onderhoudslasten niet altijd wenselijk. Een duurzaam beheer van terreinen kan daardoor op losse schroeven komen te staan. Wie niet wil volstaan met contractuele constructies om dit gat te dichten moet uitwijken naar een splitsing in appartementsrechten. Deze regeling is echter meer toegesneden op flatgebouwen, dan op terreinen.

De wetgever kan dit gat echter op een eenvoudige en effectieve wijze dichten: het introduceren van de mogelijkheid van een kwalitatief lidmaatschap van een vereniging bij mandeligheid én de mogelijkheid om het uittreden uit de mandeligheid te verbinden aan toestemming van alle overige deelgenoten. Aan een dergelijke verzwaarde vorm van mandeligheid bestaat zeker een praktische behoefte.